auch in der Art möglich, daß die nämliche Person in Betreff des nämlichen Beweissatzes als Beweis- und Gegenbeweiszeuge vorgeschlagen wird, falls nur deren Depositionen hinsichtlich der Fragen, die auf Veranlassung der einen Partei an sie gerichtet worden, nicht bereits eröffnet[54]).

Daß nun in dem zuerst angedeuteten Falle die Aussagen der Zeugen in dem früher bezeichneten Umfange dem Gegner des Zeugenführers gemeinschaftlich sind, versteht sich nach dem Vorstehenden von selbst, während sich der Umstand, daß die nämliche Person in Ansehung des nämlichen Beweissatzes als Beweis- und Gegenbeweismitttel vorgeschlagen worden, praktisch darin äußert, daß das Aufgeben dieses Zeugen von Seiten der einen Partei, wenn sie auch vor dessen Vernehmung geschehen, die Abhörung desselben zu Gunsten der andern natürlich nicht hindert.

Wenn übrigens, wie wir früher ausgeführt, ein von beiden Theilen in Betreff der nämlichen Begebenheit oder verschiedener Beweissätze inducirter Zeuge als vollkommen glaubwürdig zu betrachten, so ist die Partei, welche denselben vor dessen Vernehmung über die Thatsachen, zu welchen sie ihn vorgeschlagen, aufgibt, nunmehr befugt, Einwendungen gegen dessen Zulässigkeit insoferne geltend zu machen, als nicht etwa die zu diesem Zwecke gegebene Frist versäumt ist.

Ueber dingliche Gewerberechte.

Von

Dr. Schmid,

Professor der Rechte in Bern.

(Schluß des Aufsatzes Nr. 1 im vorigen Hefte.)

III. Die Gwerbemonopole und Zwangs- und Bannrechte.

§. 15.

Es ist ohne Zweifel unrichtig, wenn Maurenbrecher sagt, ein Realgewerberecht gebe dem Berechtigten kein Recht gegen

---

54) Clem. 2 de testib. (2. 8).

Dritte, sondern sei nur ein Recht, das Jemand für sich erwerbe, und das seinen ganzen praktischen Effect darin habe, daß es Jedem, der die Sache von Concessionirten erwirbt, die Befreiung von der Nachsuchung der Concession bei der Regierung gebe[1])! Denn der dingliche Charakter des Gewerberechtes involvirt ja gerade eine Verpflichtung Aller, den Berechtigten in der Ausübung seines Gewerbes ungestört zu lassen, ganz ebenso wie das Eigenthumsrecht des Einen allen Anderen die Verpflichtung auferlegt, nicht störend in die Herrschaft über eine Sache einzugreifen. Aber ein Recht Dritten zu verbieten, dasselbe Gewerbe zu betreiben, begründet allerdings eine solche Gewerbsgerechtigkeit an und für sich nicht, wie dies öfter behauptet worden ist, sondern diese muß immer erst besonders erworben werden. Denn darin, daß ein Anderer das gleiche Gewerbe ausübt, kann wohl thatsächlich eine Beeinträchtigung liegen, rechtlich hindert es aber den privilegirten Gewerbsinhaber in der Regel nicht, seine Berechtigung ihrem vollen Umfange nach auszuüben. Nur ein privilegium exclusivum kann ein solches Verbietungsrecht verleihen. Zwar hat man öfter behauptet, es müsse jedem Gewerbsprivilegium wenigstens dann diese Wirkung beigelegt werden, wenn die besondere Beschaffenheit des Gewerbes und die bei der Ertheilung desselben bereits vorhandenen Umstände ergäben, daß bei einer Concurrenz mit Andern das Privilegium durchaus unnütz sein würde[2]); allein obschon es sich nicht bestreiten läßt, daß sich Fälle denken lassen, wo man einem Privilegium den Charakter eines gegen Dritte wirksamen exclusiven Rechts zuschreiben muß, ohne daß dies ausdrücklich ausgesprochen wäre, Fälle, wo sich die Absicht des Gesetzgebers, ein solches Recht zu verleihen, aus dem ganzen Zusammenhang der Verhältnisse unzweifelhaft ergibt, kann doch der Umstand allein, daß ein Gewerbsberechtigter bei einer Concurrenz mit Andern nicht wohl bestehen könne, eine solche Präsumtion nicht begründen, da die Gewerbfreiheit als die allgemeine Regel immer

1) Maurenbrecher, Lehrb. I. §. 351.

2) So Mühlenbruch, Pandektenrecht I. §. 82 Note 4 mit Berufung auf Leyser med. ad Pand. spec. 10 m. 4 und Wasmuth Fr. de privilegiorum natura (Göttingen 1787. 4) §. 19.

die Vermuthung für sich hat und Privilegien nie über ihren positiven Inhalt ausgedehnt werden dürfen.

Aber auch wenn Jemanden ein Verbietungsrecht gegen Dritte eingeräumt ist, kann man nicht annehmen, daß die Regierung dadurch gehindert sei, doch noch an Andere ein gleiches Gewerbsprivilegium zu verleihen, denn das Verbietungsrecht des Berechtigten hat der Natur der Sache nach nur denen gegenüber Wirksamkeit, die zur Betreibung des Gewerbes überhaupt nicht befugt sind, nicht aber gegenüber den gleich Berechtigten. Nur dann könnte darüber ein Zweifel entstehen, wenn die Gewerbsgerechtigkeit ein Monopol im strengern Sinne des Wortes ist, d. h. wenn ausdrücklich die Zusicherung gegeben ist, daß dem Berechtigten allein die Befugniß zustehen solle, das fragliche Gewerbe zu betreiben.

Die ältere Jurisprudenz beurtheilte die hieran sich knüpfenden Fragen wesentlich vom Standpunkte des Privatrechts aus, und räumte dem Richter das Recht ein, darüber zu entscheiden, in wie weit der Staat berechtigt sei, ein privilegium exclusivum als ein wohlerworbenes Recht durch Verleihung anderer Privilegien zu beeinträchtigen. Von dieser einseitigen Auffassungsweise finden wir auch noch bei neueren Juristen Spuren, doch ist die Einsicht immer mehr durchdrungen, daß wir es hier mit einer Frage des öffentlichen Rechts zu thun haben, für die nur die Grundsätze unseres heutigen Staatsrechts entscheidend sein können. Danach müssen wir durchaus festhalten, daß sich jedes Privilegium auf einen legislativen Act gründet, und daß demgemäß das Verhältniß des Richters zu demselben auch kein anderes sein kann als zu jedem andern Gesetz. Er soll den Act, durch welchen ein Privilegium ertheilt wird, zwar von der formellen Seite prüfen und darf ihn nicht anerkennen, wenn er kein verfassungsmäßiger ist, er ist aber nicht befugt den Inhalt des Privilegiums in Beziehung auf seine Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit seiner Beurtheilung zu unterwerfen. Im Princip erkennt dies z. B. auch Kierulff an, indem er in seiner Theorie des gemeinen Civilrechts S. 55 sagt: „Wenn der Gesetzgeber sich innerhalb der Schranken hält, welche die Verfassung des Staats ihm setzt, so gibt es für ihn sonst keine Grenze der Privilegienertheilung, weder der Zahl noch dem Inhalte nach. Darum

versteht es sich von selbst, daß der Regent mehrere Privilegien desselben Inhalts neben und nacheinander ertheilen kann, welche so weit sie neben einander ausgeübt werden können, insgesammt rechtlich gültig sind." Damit stimmt aber nicht, wenn er unmittelbar vorher sagte, das Privilegium dürfte nicht erschlichen sein, seine Gültigkeit sei bedingt durch die Wahrheit der Momente, welche im Sinne des Gesetzgebers die Ausnahmsbestimmung motivirten; denn ob die Motive des Gesetzgebers gegründet waren oder nicht, ist für die Wirkung des Gesetzes ganz unerheblich und es muß daher die aus dem römischen Rechte herübergezogene Bestimmung, daß kaiserliche Rescripte nur wirksam werden sollen, si preces veritate nitantur und die darauf gegündete exceptio sub- et obreptionis nach unseren heutigen staatsrechtlichen Grundsätzen als unanwendbar betrachtet werden. Die vom Gesetzgeber vorausgesetzten Thatsachen können nur dann für den Richter Bedeutung erhalten, wenn sie nicht bloß als Motive des legislatorischen Actes, sondern auch als Bedingungen des Erwerbes oder der Ausübung des Privilegiums erscheinen, denn dann hat sie der Richter vorkommenden Falles eben so zu prüfen, wie z. B. bei einem Restitutionsgesuch die Nachweisung der Minderjährigkeit.

Diesen staatsrechtlichen Grundsätzen gemäß werden wir auch die Concurrenz und Collision der Privilegien etwas anders auffassen müssen als es von Kierulff, Heimbach u. A. geschehen ist [1]. Wenn namentlich der letztere bemerkt, im Collisionsfall habe nach der richtigern Ansicht das ältere Privilegium den Vorzug, weil das neuere zum Nachtheil des ältern gereichen würde und kein Privilegium den Nachtheil eines Dritten zuwiderlaufen darf, so vermischt er offenbar verschiedene Gesichtspunkte. Wenn ein älteres exclusives Privilegium durch ein neueres beschränkt oder vernichtet wird, kann darin ohne Zweifel eine Verletzung der Rechte des ältern Privilegieninhabers liegen, aber diese berechtigt nie zu einem Widerspruch der Verletzten gegen die Ausübung des spätern Privilegiums, sondern kann nur unter Umständen einen Anspruch auf Entschädigung gegen den Staat begründen.

---

3) Kierulff, Theorie S. 237; Heimbach, Rechtslex. B. VIII. S. 496 flg.

Von einem Vorzug des ältern Privilegiums kann daher keinenfalls die Rede sein, vielmehr muß dem neuern Privilegium, wenn sich die Ausübung des ältern damit nicht vereinigen läßt, im Zweifel der Sinn untergelegt werden, daß es das ältere stillschweigend aufgehoben hat. So beurtheilen wir ja auch das Verhältniß allgemeiner Gesetze zu einander unter den gleichen Voraussetzungen.

§. 16.

Im weitern Sinne nennen wir alle Gewerbe, mit denen ein Verbietungsrecht gegen Andere verbunden ist, monopolisirte Gewerbe. Die Beschränkung der persönlichen Freiheit Anderer zu Gunsten eines solchen Gewerbes kann aber verschiedener Art sein. Es kann sich das Verbot entweder gegen diejenigen richten, welche das gleiche Gewerbe betreiben wollen, oder gegen die, deren Bedürfnisse der Gewerbtreibende zu befriedigen sucht. Im erstern Falle, wo Andern der Betrieb des gleichen Gewerbes innerhalb desjenigen Gebietes, für welches das Privilegium gegeben wurde, untersagt ist, reden wir von einem Monopol im engern Sinne; im andern Fall dagegen, wo es allen oder gewissen Bewohnern eines bestimmten Bezirkes nicht gestattet ist, ihre Bedürfnisse in Beziehung auf die Anschaffung oder Zubereitung gewisser Utensilien durch Andre als die Berechtigten befriedigen zu lassen, nennen wir das Verbietungsrecht ein Zwangs- oder Bannrecht. Doch wird dieser Sprachgebrauch nicht immer genau aufrecht erhalten [4]), auch finden sich beide Arten von Verbindungsrechten nicht selten vereinigt.

Gewerbemonopole der erstern Art finden wir nur selten mit dem Grundeigenthum verbunden; aber auch Verleihungen an einzelne Personen kommen nur ausnahmsweise vor; am häufigsten finden sie sich bei Corporationen und Gemeinden. Es gehören dahin die Monopole von Handelsgesellschaften, die früher häufig bald den Handel mit bestimmten Handelsplätzen, bald den mit

---

4) Vgl. Mittermaier, Grundsätze §. 528.

bestimmten Waaren betrafen. Von gleicher Art sind die Monopole von Banken und andern Geldinstituten, die noch jetzt nicht selten sind. Auch das manchen Städten zustehende Recht, in ihrem Bezirke alle Personen, denen sie nicht spezielle Erlaubniß ertheilt haben, von dem Betrieb bestimmter Gewerbe, wie namentlich der Brauerei, auszuschließen, gehören hierher. Am wichtigsten aber ist das den Handwerkerzünften unter dem Namen Zunftzwang zustehende Verbietungsrecht, vermöge dessen sie Jedem, der nicht der Zunft angehört oder vom Staate besonders privilegirt ist, die Ausübung des betreffenden Gewerbes innerhalb eines bestimmten Bezirkes, der s. g. Bannmeile, untersagen können. Hierbei tritt dann das eigenthümliche Verhältniß ein, daß die Zunft selbst, als Corporation, nur eben dieses Verbietungsrecht, nicht aber die Befugniß hat, selbst und auf eigene Rechnung das betreffende Gewerbe auszuüben, während andernseits die einzelnen Mitglieder der Zunft nur das persönliche Recht der Ausübung des Gewerbes, nicht aber ein Verbietungsrecht haben, zu dessen Geltendmachung nur die Zunft als solche legitimirt ist. Ein Zwangs- und Bannrecht im strengern Sinne des Worts steht aber der Zunft doch auch nicht zu, obgleich der Sprachgebrauch darauf zu führen scheint, denn das Zwangsrecht ist nur gegen diejenigen gerichtet, die das gleiche Gewerbe commercii causa betreiben, die s. g. Pfuscher oder Bönhasen, nicht aber gegen die Bewohner des Zunftkreises, denen es nicht nur freisteht, sich Zunftwaaren zum eignen Haus- und Familiengebrauche selbst zu verfertigen und von Dienstboten verfertigen zu lassen, sondern auch sie für ihre Bedürfnisse anderswoher zu beziehen, obschon das Einbringen der Waaren den auswärts wohnenden Gewerbsleuten in der Regel verboten ist.

Auch einzelne Arten des s. g. Mühlenzwanges gehören zu dieser ersten Klasse von monopolisirten Gewerberechten, bei denen das Verbietungsrecht nur gegen die unbefugte Gewerbsausübung gerichtet ist, nämlich dann, wenn einer Mühle das Recht zusteht, fremden, d. h. außerhalb eines bestimmten Bezirks wohnenden Müllern zu verbieten, aus dem Bezirke Getreide zum Mahlen abzuholen, oder wenn eine Mühle befugt ist, den Anbau von neuen Mühlen innerhalb des Bezirks zu verbieten. Diese

Arten von Monopolen erscheinen in der Regel als radicirte Realrechte. Eben dies gilt von den meisten Zwangs- und Bannrechten im strengern Sinne des Worts. Dahin gehört vor Allem der eigentliche Mühlenzwang oder Mühlenbann, vermöge dessen einer Mühle das Recht zusteht, die Bewohner eines bestimmten Bezirkes oder die Besitzer gewisser Grundstücke anzuhalten, nirgends anders als in der berechtigten Mühle mahlen zu lassen. Ferner der Bierzwang, vermöge dessen allen Bewohnern eines bestimmten Bezirkes oder doch den Schenkwirthen die Verpflichtung auferlegt wird, ihr Bier von keine dritten Personen zu beziehen. Damit verwandt ist der Weinzwang, der meistens die Pflichtigen nur verbindet, den Wein so lange, bis eine bestimmte Quantität geholt ist, oder blos zu gewissen Zeiten, von dem Berechtigten zu nehmen. In analoger Weise kommen dann noch manche andere Zwangs- und Bannrechte vor, wie z. B. ein Backofenzwang, Kelterbann, Salzbann u. s. w.

Das Verhältniß dieser Bannrechte zu den Gewerbemonopolen ist öfter in mehrfacher Beziehung anders aufgefaßt worden. So sagt z. B. Maurenbrecher [5]: „Die Zwangs- und Bann-gerechtigkeit enthält nicht blos allemal das (früher) behandelte Verbietungsrecht gegen Gewerbtreibende (d. i. ein eigentliches Gewerbemonopol), sondern auch das Gebietungsrecht gegen alle Bewohner des betreffenden Umkreises, daß sie gewisse Lebensbedürfnisse ausschließlich vom Berechtigten sich befriedigen lassen." Beide Behauptungen müssen wir aber als unbegründet verwerfen. Daß mit eigentlichen Bannrechten sehr oft auch Gewerbemonopole verbunden sind, wurde schon oben bemerkt, auch liegt es auf der Hand, daß bisweilen ein Monopol thatsächlich ganz von selbst durch ein Bannrecht begründet werden muß, wie z. B. wenn die sämmtlichen Bewohner eines bestimmten Bezirks die Verpflichtung haben, ihr Getreide in keiner andern als der Bannmühle mahlen zu lassen, wo dann natürlich nicht leicht eine andere Mühle daneben wird bestehen können. Ein

---

5) Lehrbuch §. 353. S. 782, vgl. mit S. 784.

Mühlenmonopol, kraft dessen es dem Eigenthümer der Bannmühle gestattet wäre, den Bau jeder neuen Mühle zu verbieten, darf man darum aber doch nicht annehmen, wenn dieses nicht besonders als rechtlich begründet nachgewiesen wird, denn es streitet nie eine Präsumtion für ein Privilegium und es darf also auch keines, auf blose Vermuthungen gestützt, über seinen positiven Inhalt ausgedehnt werden. Wenn daher eine neue Mühle angelegt wird, die nur für den auswärtigen Bedarf arbeitet, steht dem das blose Bannrecht der älteren Mühle nicht entgegen.

Ebenso wenig kann man es als richtig anerkennen, wenn gesagt wird, das Bannrecht enthalte ein Gebietungsrecht gegen alle Bewohner des betreffenden Umkreises, denn Niemand wird gezwungen z. B. in der Bannmühle zu mahlen, sondern es ist ihm nur verboten, in einer andern als der berechtigten Mühle mahlen zu lassen. Statt dies zu thun, kann er natürlich sein Getreide auch ungemahlen verkaufen und sein Mehl anderswoher beziehen. Die Verpflichtung ist daher eine rein negative, die nur dadurch von Maurenbrecher in eine scheinbar positive verwandelt wird, daß er die Verpflichtung etwas nicht zu thun, als ein positives Gebot hinstellt.

III. Gewerbliche Rechte an geistigen Producten.

1. Erfindungspatente.

§. 17.

Während sich die Gesetzgebungen, auf geläuterte Grundsätze der Volkswirthschaft gestützt, in der neueren Zeit immer allgemeiner die Aufgabe gestellt haben, alle Vorrechte privilegirter Gewerbsberechtigungen aufzuheben und die Prinzipien der Gewerbsfreiheit in der umfassendsten Weise zur Herrschaft zu bringen, hat sich in besonderer Beziehung auf die gewerbliche Ausbeutung geistiger Producte gerade die entgegengesetzte Richtung geltend gemacht. Dies gilt vornehmlich von literarischen und artistischen Erzeugnissen, die durch die Gesetze über den Nachdruck und damit verwandte Gesetzesbestimmungen fast überall einen sehr wirksamen Schutz gegen gewerbliche Beeinträchtigungen erhalten haben, hat aber auch auf diejenigen Zweige der

Erwerbsthätigkeit zurückgewirkt, welche einfach nur auf die Production von Rohstoffen, die Bearbeitung derselben und den Handel gerichtet sind, insofern dabei eine bestimmte neue Vorrichtung oder Verbesserung einer Vorrichtung, ein völlig neues Product, eine neue Anwendungsart bekannter Stoffe oder eine neue Methode zur Production an sich schon bekannter Dinge, mit einem Worte, eine neue Erfindung, in Frage kömmt. Denn die jetzt fast allgemein eingeführten Erfindungspatente sind nichts anderes, als ausschließliche Gewerbsprivilegien oder Monopole, durch welche der Staat an Privatleute die Zusicherung gibt, sie innerhalb einer bestimmten Zeit in der alleinigen Benutzung gewisser von ihnen gemachter neuer technischer Erfindungen zu schützen.

Zur Rechtfertigung solcher Monopole hat man bisweilen den Grundsatz geltend zu machen versucht, daß jede Erfindung, ebenso wie ein literarisches oder artistisches Erzeugniß, natürliches und rechtmäßiges Eigenthum des Erfinders sei, und daß dieser daher, sofern er nur dieses alleinige Eigenthum beweisen könne, vom Staate unbedingt in seinem Rechte zu schützen sei. Hiernach bedürfte es also gar keiner Patente, sondern höchstens nur einer Controle der in Anspruch genommenen Erfindungen, und die Berechtigung des Erfinders hätte nicht wirklich den Charakter eines Monopols, durch welches ein Gewerbsbetrieb, der seiner Natur nach Allen offen steht, in die Hände eines Einzigen gelegt wird, sondern es würde im Gegentheil nur das geschützt werden, was der Erfinder als sein natürliches Recht in Anspruch nimmt [6]).

Wenn man aber das Eigenthumsrecht nicht unmittelbar in dem Gewerbemonopol suchen will, wo dann natürlich das durch ein Erfindungspatent gewährte Privilegium juristisch mit andern Gewerbemonopolen in eine Linie treten würde, ist in der That nicht abzusehen, wie an einer Erfindung ein Eigenthumsrecht gedacht werden könne. Daß an der der Erfindung zu Grunde

---

6) Ueber die verschiedenen Ansichten darüber vgl. Makowiczka, die Literatur und Gesetzgebung über das Patentwesen, Krit. Ueberschau Bd. IV S. 168 flg.

liegenden Idee kein Eigenthum möglich ist, liegt auf der Hand; denn wenn sie einmal geäußert ist, ist sie damit von selbst ein Gemeingut der Menschheit geworden und Niemand kann mehr eine ausschließliche Herrschaft darüber ausüben. Wenn man aber sagt, nicht die Idee an sich, sondern nur ihre Erscheinung in einer bestimmten Form, sei der Gegenstand des Eigenthumsrechtes, so kann das doch nichts anderes heißen, als die ausschließliche Benutzung der Idee zu industriellen Zwecken, und darin besteht eben das Gewerberecht. Aber die Analogie des Eigenthums an körperlichen Sachen zur Begründung eines natürlichen Rechts auf die ausschließliche Ausbeutung einer industriellen Erfindung in Anwendung zu bringen, ist doch nicht zulässig. Denn es zeigt sich sofort ein wesentlicher Unterschied in beiden Verhältnissen. Bei körperlichen Sachen ist eine Scheidung des Mein und Dein darum nothwendig, weil bei ihnen der vollständige Gebrauch, den der Eine von der Sache macht, nicht mit einer willkürlichen Verfügung Anderer über dieselbe Sache vereinbar ist; bei Erfindungen dagegen wird die freie Benutzung durch den Erfinder dadurch nicht beschränkt, daß ein Anderer von derselben Erfindung Gebrauch macht, und es ist hier also eine Scheidung der Eigenthumsrechte in keiner Weise eine nothwendige Voraussetzung der bürgerlichen Ordnung.

Damit soll indessen nicht gesagt sein, daß man sich bei dem Institut der Erfindungspatente nicht dennoch durch allgemeine Rechtsprincipien habe leiten lassen. Es liegt ihm offenbar der Gedanke zu Grunde, daß man es als eine Sache der Gerechtigkeit ansieht, demjenigen, der eine gemeinnützige Erfindung gemacht hat, für aufgewendete Arbeit und Kosten eine seinem Verdienst entsprechende Vergütung zukommen zu lassen. Aber wenn man auch dieses Prinzip der vergeltenden Gerechtigkeit auf unsern Fall für anwendbar erachtet, folgt daraus nicht mit Nothwendigkeit, daß der Lohn für das von dem Erfinder erworbene Verdienst in der Ertheilung eines Gewerbemonopols bestehen müsse, und gerade bei recht gemeinnützigen Erfindungen schlägt man auch oft einen andern Weg ein, indem man dem Erfinder eine Belohnung durch den Staat zukommen läßt. Bei der Schwierigkeit, die Bedeutung einer Erfindung sofort richtig zu beurtheilen, liegt es

indessen nahe, daß man es dem Erfinder selbst überläßt, die Vortheile derselben im industriellen Leben zu erproben, und ihm nur dadurch ein Vortheil zukommen läßt, daß man ihm die alleinige industrielle Ausbeutung der Erfindung für eine bestimmte Reihe von Jahren überläßt. Wie groß aber die Schwierigkeiten sind, auf welche die Gesetzgebung bei der Durchführung dieses Prinzips stößt, zeigen die immer erneuten Versuche, den Gegenstand des Schutzes genauer zu bestimmen. Jedem Erfinder gehört seine Erfindung nur in einer Beziehung an, während sie in andern Beziehungen ein Entwicklungsproduct der Zeit ist und eben deshalb auch so oft von mehreren Personen unabhängig von einander fast zu gleicher Zeit gemacht wird, und selten gleich in ihrer vollkommensten Gestalt. Die Priorität kann daher, bei der Unmöglichkeit auf die geistige Conception zurückzugehen, nur ganz äußerlich von der Priorität der öffentlichen Anzeige abhängig gemacht werden, wodurch dann oft der ausgeschlossen wird, der die Erfindung schon früher gemacht, aber, um sie zu einer größern Vollkommenheit reifen zu lassen, noch für sich behalten hat und nun alles Lohns für langjährige und kostbare Arbeiten beraubt wird, wenn er sich nicht sogleich für eine wesentliche Verbesserung der ursprünglichen Erfindung ein Privilegium erwerben kann. Mit dem Verhältniß solcher Verbesserungen zu der ersten Erfindung ergeben sich dann aber neue, fast unüberwindliche Schwierigkeiten für die Gesetzgebung, da der ursprüngliche Erfinder von der Verbesserung eines Anderen keinen Gebrauch machen kann, ohne in die Rechte des später Patentirten einzugreifen, und letzterer wieder auch seine Verbesserungen nicht benutzen kann, ohne das Privilegium des ersten Erfinders zu verletzen, so daß dann, wenn keine Verständigung unter den Interessenten erfolgt, die Verbesserung bis zum Erlöschen des ersten Privilegiums ohne Anwendung bleiben muß [7]).

Die Schwierigkeiten, die sich einer gerechten Anwendung des

---

7) Vom volkswirthschaftlichen Standpunkte aus sind die Bedenken gegen Erfindungspatente sehr gut ausgeführt von Dr. A. Emminghaus, der Patentschutz und die deutsche Patentgesetzgebung (Tübinger Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft, Bd. 14, S. 3—49. Jahrg. 1858).

Prinzips der Belohnung nützlicher Erfindungen durch Monopolisirung derselben entgegenstellen, hat bekanntlich die Regierungen in der neuen Zeit immer häufiger bewogen, das an sich rationellere und früher allgemeiner verbreitete Präventivsystem aufzugeben, indem sie alle vorläufigen Prüfungen der Neuheit oder Nützlichkeit einer Erfindung von sich abweisen, und es den verletzten Privatpersonen überlassen, ihre Ansprüche den Privilegirten gegenüber von sich aus geltend zu machen (Regressivsystem). Damit tritt aber nun das Bedenkliche des ganzen Instituts in ein noch helleres Licht. Die freie Concurrenz, die der Staat als Regel anerkennen und zunächst immer schützen sollte, wird so einer bei Ertheilung des Privilegiums noch gar nicht gerechtfertigten Beschränkung unterworfen, die nur durch eine beschwerliche Bestreitung des gewährten Monopols wieder beseitigt werden kann.

Einzelne Fälle, wo Erfindern ausschließliche Gewerbsprivilegien ertheilt wurden, finden wir auch in Deutschland schon in früheren Zeiten nicht selten. In Preußen bestand in der Beziehung ein besonderes Vorrecht derjenigen Künstler, welche bei der Akademie der Künste aufgenommen und eingeschrieben waren. Es war ihnen nicht nur gestattet, ihr Gewerbe überall in den königl. Landen zu treiben, ohne daß irgend einer Zunft oder Gilde ein Recht zum Widerspruch dagegen zustände, sondern es wurden auch diejenigen, welche ein von einem solchen akademischen Künstler selbst erfundenes und von der Akademie anerkanntes Kunstwerk ohne seine Genehmigung nachmachten und zu seinem Nachtheil verkauften, mit einer Strafe bedroht. In der Regel war ein solches Privilegium allerdings ein persönliches, es konnte aber auch auf die Erben des Künstlers ausgedehnt werden [8]). Eine eigentliche Patentgesetzgebung, durch welche die Voraussetzungen, unter welchen jemand ein Privilegium für eine industrielle Erfindung ertheilt werden soll, gesetzlich bestimmt werden, finden wir in England schon im siebzehnten Jahrhundert; sie gründet sich da hauptsächlich auf ein Statut Jacob's I. vom

---

8) Preuß. Landr. II, 8 §. 404—6.

2. November 1624, zu dem dann in der neuern Zeit die Reformen von 1835 und 1852 hinzugekommen sind. Im letzten Jahrzehnt des achtzehnten Jahrhunderts folgten Frankreich (1791) und Nordamerika (1793) nach. In Deutschland gehören alle Patentgesetze den letzten fünfzig Jahren an. In Oesterreich ist das älteste Gesetz über Erfindungspatente vom Jahr 1810; es folgten Preußen (1815), Bayern (1825), Würtemberg (1828) und mehrere andere Staaten nach. Doch werden noch immer in einigen Staaten Patente ertheilt, ohne daß es darüber besondere Gesetze gibt. Ueberall aber werden solche Gewerbsprivilegien nur für eine bestimmte Reihe von Jahren verliehen.

2. Autorrecht an literarischen und artistischen Erzeugnissen.

§. 18.

Daß das Autorrecht an literarischrn und artistischen Erzeugnissen wesentlich als ein ausschließliches Gewerberecht aufgefaßt werden müsse, wird gegenwärtig wohl von der Mehrzahl der deutschen Juristen anerkannt und es steht damit auch die Ansicht derjenigen englischen und französischen Juristen, welche ein Eigenthumsrecht der Autoren behaupten, nicht so unbedingt in Widerspruch, wie man es in der Regel annimmt [9]). Wenn demungeachtet selbst in Beziehung auf die leitenden Principien der Lehre noch immer nicht unbedeutende Differenzen hervortreten, so hat dies hauptsächlich einen doppelten Grund: erstens machte man sich die rechtliche Natur eines ausschlißlichen Gewerbemonopols, wie es den Autoren gesetzlich eingeräumt ist, nicht vollkommen klar und konnte darum auch nicht über die daraus abzuleitenden Folgerungen zu einer Uebereinstimmung gelangen; sodann aber ließ man sich oft dadurch beirren, daß neben den vermögens-

---

9) Es wurde diese Ansicht zuerst in meiner Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts. Jena 1848 S. 158 flg. entwickelt und dann später in einer Recension von Wächters Verlagsrecht in der Heidelberger Krit. Zeitschrift Bd. V. S. 425 flg. weiter zu begründen versucht, doch muß ich des Zusammenhanges wegen nochmals darauf zurückkommen und manches aus jenen früheren Erörterungen wiederholen.

rechtlichen Interessen der Autoren auch noch rein geistige oder persönliche in Frage kommen, die ebenfalls ihre Würdigung fordern.

Wie das Recht der Erfinder, ist auch das Autorrecht eine Schöpfung der neuern Zeit und hat sich zunächst in specieller Beziehung auf literarische Werke ausgebildet, ist aber allmählig in immer weiterm Umfange auch auf artistische Erzeugnisse der verschiedensten Art ausgedehnt worden. Die Entwickelungsgeschichte desselben beginnt erst mit der Erfindung der Buchdruckerkunst. Wie schon bei den Griechen und Römern, nahmen auch in den neueren europäischen Staaten die Verfasser literarischer Werke, wenn diese einmal dem Publikum zugänlich geworden waren, früher niemals in irgend einer Weise das alleinige Recht in Anspruch, sie zu ihrem Vortheil durch Vermehrung von Abschriften weiter zu verbreiten, obschon der Handel mit solchen Manuscripten ein sehr ausgedehnter und gewinnbringender war, und die Aufsicht, unter welcher die Abschreiber und Buchhändler in manchen Ländern standen, wohl auch eine Beschränkung derselben zu Gunsten der Verfasser möglich gemacht hätte. Als die Abschreiber durch die Buchdrucker verdrängt wurden, änderte sich hierin zunächst nichts. Es war dadurch nur die Möglichkeit gegeben, auf einmal und zu niedrigeren Preisen eine größere Anzahl von Exemplaren eines Buches herzustellen, aber, wie es früher jedem Buchhändler gestattet war, ohne vorausgehende Erlaubniß des Verfassers von einem literarischen Werke so viele Abschriften verfertigen zu lassen, als er zu verkaufen hoffen durfte, so war es ihm jetzt auch erlaubt, nach Bedürfniß Abdrücke zu veranstalten und zu seinem alleinigen Vortheil zum Verkauf zu bringen.

Indessen trat hierin doch allmählich eine Aenderung ein, und zwar zeigte sich das Bedürfniß eines Schutzes zuerst bei den Druckern. Die Kosten zur Herstellung eines Druckes sind ungleich größer als die einer Abschrift und lohnen sich nur bei dem Absatz einer größeren Anzahl von Exemplaren. Auch bei den besten Werken, die einen sichern Gewinn versprechen, konnte aber die Berechnung fehlschlagen, wenn ein anderer Drucker mit dem ersten in Concurrenz trat. Dadurch mußte natürlich der Unternehmungsgeist

gelähmt werden und es lag daher im öffentlichen Interesse, gegen diese Gefahr einen Schutz zu gewähren. Dieß geschah vielfältig durch Privilegien, die Anfangs immer nur den Druckern oder Verlegern eines Werkes ertheilt zu werden pflegten, natürlich aber auch den Schriftstellern zu Gute kamen, wenn schon nur mittelbar.

Ein solcher Privilegienschutz mußte indessen der Natur der Sache nach, namentlich in Deutschland, ein sehr beschränkter bleiben. Denn da er sich nicht über das Gebiet desjenigen Staates hinauserstreckte, von dem das Privilegium verliehen war, und da die meisten Privilegien nicht vom Kaiser, sondern von einzelnen Landesherrn ausgingen, konnten sie die Verbreitung von Nachdrucken von anderen Ländern aus nicht verhindern. Und darin änderte sich auch nur wenig, als die einzelnen deutschen Landesherren anfingen an die Stelle einzelner Privilegien allgemeine Gesetze gegen den Nachdruck treten zu lassen, denn auch diese wirkten natürlich nur in den Ländern, in welchen sie erlassen waren, und konnten nicht einmal das Eindringen fremder Nachdrucke hindern. Indem sie aber das Unmoralische des Nachdruckes, welcher die Früchte fremden Fleißes sich zuzueignen sucht, immer allgemeiner zum Bewußtsein brachten, mußten sie nothwendig die Juristen zur Untersuchung der Frage anregen, ob nicht unser gemeines positives Recht schon einen Schutz gewähre, der besondere Privilegien und Verbote des Nachdrucks überflüssig mache, und dabei traten dann natürlich die Rechte der Autoren, von denen die Verleger ihre Ansprüche doch erst ableiten konnten, in den Vordergrund. Seitdem durch die Bundesbeschlüsse von 1832, 1837, 1841, 1845 und 1856 das im Art. 18 der Bundesacte gegebene Versprechen, sich mit der Abfassung gleichförmiger Verfügungen über die Sicherstellung der Rechte der Schriftsteller und Verleger gegen den Nachdruck zu beschäftigen, in Erfüllung gegangen ist, haben diese Erörterungen ihre unmittelbare praktische Bedeutung verloren und gewähren nur insoferne ein Interesse, als sie uns über die unseren Gesetzgebungen zu Grunde liegenden Prinzipien einen Aufschluß zu geben vermögen.

§. 19.

Dem Anschein nach gehen die Ansichten der Juristen über die Natur des Autorrechts noch immer sehr weit auseinander; prüfen wir sie indessen genauer, so rücken sie sich doch um Vieles näher. Dies gilt namentlich von der Frage, ob das Autorrecht als ein Eigenthumsrecht oder als ein ausschließliches Gewerberecht zu betrachten sei.

Wenn man freilich die römischen Begriffe streng aufrecht halten zu müssen glaubt, so versteht es sich von selbst, daß das Autorrecht nicht als Eigenthum aufgefaßt werden kann. Denn da das Recht des Autors an dem Manuscript wesentlich von dem Autorrecht verschieden ist, fehlt es letzterm an einer körperlichen Sache als Gegenstand desselben, also an einer wesentlichen Voraussetzung. Nur von einer analogen Anwendung oder einer Ausdehnung des römischen Begriffs kann also bei dem sog. Schrifteigenthum die Rede sein; und so fassen es auch die neueren Vertheidiger dieser Theorie allgemein auf.

Daß nun aber hierbei ebensowenig, wie bei Erfindungen, von einem Eigenthum an der geistigen Substanz eines literarischen Werks die Rede sein könne, liegt auf der Hand, denn jeder Gedanke, wenn er einmal mitgetheilt ist, wird damit ein Gemeingut der Menschen und ist der ausschließlichen Herrschaft seines Schöpfers entzogen. Wer vermöchte auch nachzuweisen, wem ein bestimmter Gedanke seinen ersten Ursprung verdanke und wer ihn zuerst ausgesprochen habe?

Was indessen von dem Gedanken an sich gilt, das gilt nicht ganz in der gleichen Weise von dem in einer bestimmten Form ausgeprägten Gedanken, also bei einem Werke von dem Texte desselben. Denn obschon dieser an und für sich immer auch noch etwas Unkörperliches bleibt, kann man ihm doch durch die Schrift ein äußeres objectives Dasein geben, und so für die äußeren Sinne wahrnehmbar machen. Daher läßt sich in Beziehung hierauf allerdings die Frage aufwerfen, ob nicht ein Eigenthumsrecht daran möglich sei. Laboulaye [10]), mit dem Warn=

---

10) Laboulaye, Etudes sur la propriété littéraire en France et en Angleterre etc. Paris 1838 p. XXXII.

könig [11]) hierin übereinstimmt, hat dieses angenommen, und zwar in dem Sinne, daß er meint, ganz in derselben Weise, wie der Erzeuger einer körperlichen Sache absolut als deren Eigenthümer anzusehen und vom Richter zu schützen sei, müsse dies auch bei dem Schöpfer eines geistigen Erzeugnisses gelten. Daß dieß unmittelbar nach der Erzeugung anzuerkennen sei, scheint ihm keinem Zweifel zu unterliegen. Der Autor habe da ein vollständiges Dispositions- und Nutzungsrecht, für welches er nicht minder einen Anspruch auf Rechtsschutz habe, als der Erzeuger einer körperlichen Sache, auch sei er ja, so lange er den Text für sich behalte, ausschließlicher Besitzer desselben, und zwar in einem gewissen Sinne materieller Besitzer, da er mit dem Manuscripte auch das geistige Werk in seiner ausschließlichen factischen Gewalt habe. Hierin sei er mit den possessorischen Klagen zu schützen und wenn jemand ohne seine Einwilligung den Text veröffentliche, so sei dieser unzweifelhaft zum Ersatz des dadurch verursachten Schadens zu verurtheilen. Darin trete nun aber auch durch die Veräußerung der Befugniß zur Vervielfältigung des Textes mittelst des Drucks und durch Veröffentlichung desselben keine wesentliche Veränderung ein. Denn, sagt Laboulaye, was veräußert der Autor? was wollen die Leser erlangen durch den Erwerb eines Exemplars? Das Recht des Autors? Keineswegs! Er will nicht aufhören dieser zu sein, und sie wollen die Autorschaft sich nicht aneignen. Er gestattet nur den geistigen usus communis des Werkes, nicht den Uebergang des Eigenthums desselben auf das ganze Publikum, nicht den durch den Verlag ihm zukommenden Fruchtgenuß. Dies weiß jeder Erwerber eines Exemplars; maßt sich dieser den letzteren durch Nachdruck an, so weiß er, daß er das Recht des Autors verletzt, und ihm einen vermögensrechtlichen Schaden zufügt, nicht anders wie der, welcher unbefugter Weise die Früchte oder Nutzungen einer materiellen, in fremdem Eigenthum befindlichen, Sache sich aneignet [12]).

11) Warnkönig, in Schletters Jahrbüchern der deutschen Rechtswissenschaft Bd. V. S. 49. 1859.

12) Ich kann diese Stelle nur nach den Auszügen Warnkönigs anführen, da mir Laboulayes Werk selbst nicht zu Gebote steht.

Bekanntlich haben sich schon ältere deutsche Juristen, wie namentlich Pütter, dieser letztern Argumentation bedient, um das Unrechtmäßige des Nachdrucks darzuthun. Sie nahmen an, daß in dem Verlagscontract des Schriftstellers mit dem Verleger und wiederum im Verkaufscontract des Verlegers mit jedem einzelnen Käufer stillschweigend und wesentlich die Bedingung enthalten sei, von dem einzelnen erkauften Exemplare keinen andern Gebrauch, als den des Lesens, Abschreibens u. dergl. zu machen, nicht aber dasselbe nachzudrucken. Man hat aber auch schon längst auf die großen Schwierigkeiten aufmerksam gemacht, die aus diesem stillschweigenden Vertrag für die gerichtliche Verfolgung nach unsern bestehenden positiven Rechten entspringen müßten, wenn das Buch in die Hände eines Dritten überging oder gar, wenn jemand ein derelinquirtes Buch durch Occupation erwarb, wo dann die Annahme eines solchen pactum tacitum adjectum gänzlich unzulässig wäre. Indessen wenn das Eigenthum an dem Geisteswerke selbst, d. i. an den in eine gewisse Form eingekleideten Gedanken oder dem Text eines literarischen Erzeugnisses, abgesehen von dem Manuscript, in welchem er zum Abdruck gekommen ist, nachgewiesen wäre, käme es ja auch nicht sowohl darauf an, daß sich der Käufer eines Buchs durch einen stillschweigenden Vertrag selbst gebunden habe, als vielmehr nur darauf, daß der Autor bei der Veröffentlichung nicht selbst sein Eigenthumsrecht aufgab. Dieser Beweis eines Eigenthumsrechtes ist aber gewiß durch die Berufung auf die auch schon von deutschen Juristen benutzten Grundsätze der Spezification darum nicht erbracht, weil bei einem solchen Geisteswerk eine totale Beherrschung, wie sie nach dem Begriff von Eigenthum vorausgesetzt wird, von dem Augenblick an nicht mehr möglich ist, wo die Veröffentlichung erfolgte. Laboulaye sagt selbst, das Geisteswerk sei dem geistigen communis usus hingegeben, er will aber davon das Eigenthum an der Sache selbst unterschieden wissen. Sehen wir nun aber genauer nach, was er darunter versteht, so bemerken wir sofort, daß dies bei Büchern doch nichts anderes ist, als die ausschließliche Befugniß, den Text derselben auf mechanischem Wege zu vervielfältigen und so zu seinem pekuniärem Vortheil gewerblich auszubeuten.

Gerade darin besteht nun aber diejenige Befugniß des Autors, die man in der neuern Zeit mit gutem Grunde als ein ausschließliches Gewerberecht bezeichnet hat, und der Sache nach stimmen also insofern Laboulaye und Warnkönig mit den neuern deutschen Bearbeitern unserer Lehre, wie namentlich mit Gerber, Wächter und Bluntschli, vollkommen überein.

Indessen betrifft die Differenz doch nicht blos die Bezeichnung, denn der Hauptunterschied zwischen beiden Ansichten beruht darauf, daß Laboulaye und Warnkönig das Autorrecht als ein dingliches Recht betrachten, während Wächter ihm diese Eigenschaft bestreitet. Ist es uns oben gelungen, dem dinglichen Charakter aller ausschließlichen, vererblichen und veräußerlichen Gewerberechte nachzuweisen, so kann kein Zweifel darüber bestehen, auf welche Seite wir uns zu stellen haben und die Frage, ob wir das Autorrecht als Eigenthum bezeichnen dürfen, hat nur eine ganz untergeordnete Bedeutung. Will man dabei beharren, daß ein Eigenthumsrecht nur an res corporales zulässig sei, so sind die privilegirten Gewerberechte davon auszuschließen und man wird eine dritte, bis jetzt noch unbenannte Klasse von dinglichen Rechten in unsere Systeme aufnehmen müssen; läßt man aber eine Ausdehnung des Eigenthumsbegriffs auf res incorporales, oder an blosen Berechtigungen, zu, so werden wir das Autorrecht, wie alle anderen Gewerberechte, ihm unterordnen müssen, da sie nicht den Charakter von jura in re aliena haben. Der gemeine Sprachgebrauch, dem auch unsere Gesetzgeber vielfältig nachgegeben haben, hat sich für das letztere entschieden und wird sich durch die Bedenken unserer Juristen schwerlich wieder verdrängen lassen.

§. 20.

Die hier vertretene Ansicht, wonach nicht sowohl das Geistesproduct selbst, welches sich, wenn einmal veröffentlicht, der Möglichkeit einer ausschließlichen Herrschaft entzieht, als die Befugniß, ausschließlich über die Veröffentlichung und Vervielfältigung desselben zu verfügen und demgemäß auch Nutzungen daraus zu ziehen, den Gegenstand des Autorrechtes bildet, führt uns mit großer Sicherheit und Consequenz zur Lösung mancher anderen bestrittenen Fragen, die sich an unsere Lehre knüpfen. Wir heben

hier, wo es nicht auf eine erschöpfende Darstellung der ganzen Lehre abgesehen sein kann, nur einige von den Differenzen hervor, die mit dem Gegenstand unserer Abhandlung in einem nähern Zusammenhang stehen und zur Erläuterung der leitenden Grundsätze dienen.

Laboulaye geht, wie wir gesehen haben, bei seiner Begründung des Schrifteigenthums auf die Grundsätze der Spezification zurück, die auch schon früher von deutschen und französischen Juristen für diesen Zweck benutzt worden sind, und auch Warnkönig meint, die strengste Gerechtigkeit verlange, daß der Erzeuger einer Sache Herr derselben sei, und daher als solcher in der Rechtsgesellschaft geschützt werde. Allein das Princip der Erwerbung durch Spezification ist auch bei körperlichen Sachen bekanntlich ein sehr bestrittenes. Von einer Erzeugung kann hier streng genommen gar nicht die Rede sein; kein Mensch kann Sachen erst erzeugen, sondern nur bereits vorhandene Sachen umformen und ihnen dadurch eine andere Gestalt geben, als sie früher hatten. Darin besteht ja auch nach römischem Recht das Wesen der Specification, in Beziehung, auf welche schon bei den römischen Juristen darüber gestritten wurde, ob das Eigenthumsrecht an den ungeformten Sachen dem Eigenthümer des Stoffs oder dem Spezificanten zuzuschreiben sei. Bei herrenlosen Sachen, die umgeformt wurden, konnte die Specification als Erwerbungsart gar nicht in Frage kommen, weil hier schon die Occupation den Uebergang des Eigenthums entschied. Man sieht leicht, daß diese gemeinrechtliche Lehre auf Geisteswerke keine unmittelbare analoge Anwendung gestattet, denn der Stoff, der in ihnen verarbeitet wird, ist durch seine Natur der Möglichkeit einer ausschließlichen Herrschaft entzogen, und darin ändert sich auch nichts, wenn die verarbeiteten Gedanken in einer concreten Form mitgetheilt sind, denn die conkret geformten Gedanken bleiben ihrer Natur nach immer noch ein Gemeingut aller Menschen. Demungeachtet liegt der Berufung auf die Grundsätze der Spezification etwas sehr Richtiges zu Grunde. Denn die Behauptung, daß jedem Menschen ein Recht auf den ausschließlichen Gebrauch dessen zustehe, was er durch seine (körperliche oder geistige) Kraftanstrengung hervorgebracht habe, ist

eigentlich nur eine fehlerhafte Anwendung des allgemeinen Grundsatzes der vergeltenden Gerechtigkeit (justitia commutativa), welcher eine Ausgleichung zwischen Verdienst und Lohn fordert, und den man etwas zweideutig in dem Satze auszusprechen pflegt: Jeder hat ein Recht auf die Früchte seiner Arbeit [13]) Damit scheint nämlich gesagt zu sein, es sei eine Forderung der Gerechtigkeit, daß jedem das zugesprochen werde, was er durch seine Arbeit hervorgebracht hat, also ein Eigenthumsrecht an dem Produkt der Spezification. Dies ist aber niemals in unsern positiven Gesetzen in diesem Umfange anerkannt worden, und könnte auch nicht anerkannt werden, ohne zu wirklichem Widersinn zu führen, zumal das, was jemand als Frucht seiner Arbeit sucht, gar nicht immer das unmittelbare Produkt derselben ist. Die Gerechtigkeit fordert nur ganz allgemein, daß die Arbeit, durch welche sich jemand ein Verdienst erworben hat, nicht ohne einen entsprechenden Lohn bleibe, aber lediglich Gründe der Zweckmäßigkeit müssen uns bei Entscheidung der Frage leiten, worin dieser Lohn zu bestehen habe.

Was nun die Vergeltung literarischer Verdienste anbelangt, so könnte man dabei von sehr verschiedenen Gesichtspunkten ausgehen. Wie von unsern Socialisten zum Theil die Forderung gestellt worden ist, daß die Früchte aller Arbeit unmittelbar dem Gemeinwesen zufallen, die Belohnungen aber aus dem so gebildeten Gemeingut den einzelnen Arbeitern zugetheilt werden sollen, so könnte man sich denken, daß alle literarischen Erzeugnisse immer sofort Gemeingut würden, der Staat aber von sich aus die Schriftsteller, welche ein verdienstliches Werk geliefert haben, durch ehrende Auszeichnung und Bezahlung belohnte, ähnlich wie man auch nützliche Erfindungen bisweilen von Staatswegen belohnt, um sie sofort zum Gemeingut machen zu können. Es würde diese Einrichtung wenigstens nicht darum, weil sie mit den Forderungen der Gerechtigkeit in Widerspruch stände, verworfen werden müssen, wenn schon sich vom Standpunkte der

---

13) Vgl. meine Theorie und Methodik S. 163 flg.; ich entnehme das zunächst folgende mit wenig Veränderungen dieser Schrift.

Zweckmäßigkeit aus große Bedenken dagegen erheben möchten. Jedenfalls scheint es nach dem, wie sich seit der Erfindung der Buchdruckerkunst die Verhältnisse bei uns gestaltet haben, viel natürlicher, auch fernerhin in der Regel Jeden die Vergeltung seiner literarischen Verdienste auf dem Wege des Privatverkehrs bei dem Publikum suchen zu lassen und, wie bisher, nur ausnahmsweise den Staat unmitttelbar dabei zu betheiligen. Es hat ohne Zweifel seine großen Nachtheile, daß die Schriftstellerei dadurch vielfach zu einem blosen Gewerbe herabgewürdigt worden ist, aber seit der Buchhandel ein ausgedehntes und gewinnreiches Geschäft wurde, mußte die Concurrenz der Verleger, die gern für die Ueberlassung von Werken, die ihnen einen guten Gewinn versprachen, einen Theil des erwarteten Vortheils als Honorar gewährten, natürlich dahin führen, und wenn in Folge dieser Gestaltung der Dinge Viele, die ohne innern Beruf dazu sind, zur Schriftstellerei veranlaßt werden, auch nicht immer das wahre Verdienst seine rechte Würdigung und Belohnung im Verkehr findet, so bringt doch die große Unabhängigkeit von der Staatsgewalt von der andern Seite Vortheile, die jene Nachtheile eines gewerbsmäßigen Betriebes und einer mangelhaften Würdigung der Verdienste durch das kaufende Publikum, reichlich wieder aufwiegen.

So wie die Sachen jetzt stehen, ist der Autor dabei interessirt, daß seine literarischen Produkte nicht ohne seine Zustimmung veröffentlicht und daß die Verleger nicht durch Nachdruck in ihren Unternehmungen beeinträchtigt werden. Die Idee der Gerechtigkeit, welche eine Ausgleichung zwischen Verdienst und Belohnung will, fordert aber nicht, daß dem Autor in der Weise ein vererbliches und veräußerliches Recht an seinem Geistesprodukt eingeräumt werde, daß nur er und seine Rechtsnachfolger in alle Ewigkeit berechtigt seien, willkürlich über den Druck und die Verbreitung desselben verfügen zu können; es geschieht vielmehr der zu beanspruchenden Gerechtigkeit vollkommen Genüge, wenn dem Autor nur ein so großer Vortheil zugesichert wird, daß darin eine hinreichende Vergütung für den Aufwand an Kraft, Zeit und Geldmitteln liegt. Es bleibt daher der Gesetzgebung ein freier Spielraum, um neben den eigentlichen Rechts-

ansprüchen andere Interessen zu berücksichtigen. Und gewiß wäre es bedenklich, wenn die Gesetze dem Schrifteigenthum die Wirkung zuschreiben wollten, daß es dem Autor und seinen Rechtsnachfolgern gestattet sein sollte, über Werke, die bereits dem Publikum mitgetheilt sind, auch nur in der Weise zu verfügen, daß sie die Benutzung für alle Zukunft durch einen hohen Preis auf einen engern Kreis von Käufern beschränken oder gar dadurch, daß sie keine neuen Abdrücke veranstalten, allmählich aus dem Bücherverkehr gänzlich verschwinden lassen könnten. Könnten nicht Luthers gesetzliche Erben unserm Volke auf diese Weise dessen Bibelübersetzung rauben? oder Göthe's und Schiller's Nachkommen einer einseitigen Geistesrichtuug verfallen, die es ihnen als Pflicht erscheinen ließe, die Wirkung der Werke ihrer großen Vorfahren möglichst zu beschränken? Das Interesse der Wissenschaft und der Geisteskultur fordert, daß jedes Werk, das einmal eine Bedeutung in der Literatur erhalten hat, in gewisser Beziehung auch rechtlich als das, was es geistig wirklich ist, als ein Gemeingut der gebildeten Welt, behandelt werde und daß demgemäß dem Rechte der Autoren und ihrer Rechtsnachfolger eine bestimmte Grenze durch Beschränkung des ihnen eingeräumten Gewerberechtes gesetzt werde.

Warnkönig hat gewiß vollkommen Recht, wenn er sagt, daraus, daß das Autorrecht auf einen bestimmten Zeittermin beschränkt werde, folge noch nicht, daß es nicht als Eigenthum aufgefaßt werden dürfe, denn auch an körperlichen Sachen ist ein temporäres oder widerrufliches Eigenthumsrecht sehr wohl zulässig; es ist dann allerdings ein beschränktes, aber es kann demungeachtet ein wahres Eigenthum sein. Wenn man aber, wie es Laboulaye u. A. m. gethan haben, die Anerkennung eines Eigenthumsrechtes an einem Geistesprodukt als eine unmittelbare Forderung der Gerechtigkeit ansieht, so verträgt sich eine Beschränkung in der Dauer unzweifelhaft damit nicht, denn Forderungen der strengen Gerechtigkeit sollen nicht durch Gründe der Zweckmäßigkeit vereitelt oder gebeugt werden. Um dieser Forderungen willen ist es von Wichtigkeit sich klar zu machen, daß das s. g. Schrifteigenthum kein s. g. natürliches Recht sei, welches der Staat nur zu sichern habe, sondern ein rein

positives Institut, dem er diejenige Form geben kann, welche ihm als zweckmäßig und gerecht erscheint. Daß auch die deutsche Bundesgesetzgebung von diesem Gesichtspunkte ausging, ergibt sich aus dem Ausschußbericht zu dem Gesetz vom 9. Nov. 1837, wo gesagt wird: „Die Commission betrachtet den Schutz, welcher den Schriftstellern und Verlegern von Seiten des Bundes gegen den Nachdruck gewährt werden soll, in dem Lichte eines Erfindungspatentes, nach dessen Erlöschen das Werk Gemeingut wird, und das daher auch nicht zu weit gegriffen werden darf, wenn das große Publikum aus dem Erlöschen des Patentes den ihm gebührenden Vortheil ziehen soll." Auch die Bundesgesetzgebung vom 12. März 1857 ist insofern hierbei stehen geblieben, als sie die Ausdehnung der Autorrechte nur als „angemessen und wünschenswerth" ansah, nicht als eine Forderung der Gerechtigkeit, wie das von vielen Seiten auf dem Brüsseler Congresse im September 1858 geschah.

§. 21.

Sehr viel ist in der neueren Zeit die Frage besprochen worden, inwiefern geistige Interessen für die rechtliche Beurtheilung des Autorrechtes maßgebend seien. Bluntschli will diese im weitesten Umfange anerkannt wissen; er hält den Vermögenswerth eines literarischen Werkes nicht für den innersten Kern des Autorrechtes, sondern räumt ihm für die juristische Erkenntniß nur eine sekundäre Bedeutung ein [14]. Beseler stellt wenigstens das geistige und pekuniäre Interesse als gleichberechtigt neben einander, indem er eine persönliche und vermögensrechtliche Seite des Autorrechts unterscheidet [15], und Harum sucht in ähnlichem Sinne nachzuweisen, daß das Autorrecht nicht ein bloses Vermögensrecht sei [16]. Dagegen wollen Renouard [17], Jolly und Wächter nur das vermögensrechtliche Interesse in

14) Bluntschli, deutsches Privatrecht, 2. Aufl. §. 47, 3.

15) Beseler, deutsches Privatrecht, Bd. III. S. 336.

16) Harum, die österreichische Preßgesetzgebung, Wien 1857 S. 25 flg.

17) Renouard, Traité des Droits d'auteurs, Paris 1838, Traité III. pag. 10.

Betracht gezogen wissen. Jolly stützt sich dabei hauptsächlich auf die deutsche Bundesgesetzgebung, nach welcher es ihm unzweifelhaft scheint, daß das bundesgesetzliche Verbot des Nachdrucks nur zum Schutze der dem Schriftsteller zustehenden Vermögensrechte und keineswegs dazu bestimmt sei, ihn gegen alle Rechtsverletzungen sicher zu stellen, welche er möglicher Weise hinsichtlich seines Werkes erfahren kann [18]). Wächter findet zwar in der Bundesgesetzgebung eine Bestätigung seiner Ansicht, er sucht diese aber auch durch Berufung auf allgemeine Rechtsgrundsätze zu stützen, indem er geltend macht, das geistige Interesse des Autors falle darum nicht in das Gebiet des Rechts, weil dieses überhaupt nur die äußern Verhältnisse der Menschen normire, nur die Art bestimme, wie der Wille des Menschen in äußern Beziehungen gegen Andere sich verhalte [19]).

Dies beruht aber offenbar auf einem Mißverständniß. Das Recht normirt allerdings nur die äußern Verhältnisse der Menschen und betrachtet daher die Beweggründe zu einer Handlung, sofern letztere nur dem Rechte entspricht, als ganz irrelevant. Damit ist aber keineswegs gesagt, daß sich das Recht geistigen Interessen gegenüber gleichgültig verhalten müsse. Wenn das Recht nur die Art bestimmen kann, wie der Wille des Menschen in äußern Beziehungen gegen Andere sich verhalten soll, weil sich die Gesinnung überhaupt der äußern Gewalt entzieht, so folgt daraus nicht, daß wir nicht diejenigen äußern Handlungen, die durch geistige Interessen gefordert werden, zu Rechtspflichten erheben können. Auch von dem Institut der Ehe können wir sagen, daß es seinem innersten Kern nach durch geistige Interessen bestimmt wird, die nicht unmittelbar in das Gebiet des Rechts fallen, welches nur die äußern Verhältnisse der Menschen normiren kann; demungeachtet wirken diese auf unsere Gesetzgebung ein, indem wir die durch die Ehe bedingten äußern Verhältnisse der Ehegatten mit dem Interesse der

18) Jolly, die Lehre vom Nachdruck. Heidelberg 1852 S. 75.

19) Wächter, das Verlagsrecht, Bd. I S. 90, Anm. 2. Vgl. darüber meine Rec. in der Heidelberger Krit. Zeitschrift Bd. V. S. 430 flg.

bürgerlichen Gesellschaft an einer sittlichen Gestaltung des ehelichen Lebens in Einklang zu bringen suchen. In gleicher Weise lassen wir uns im ganzen Familienrecht vielfältig durch rein sittliche Interessen leiten; warum sollten nun nicht auch die geistigen Interessen eines Autors durch die Gesetzgebung geschützt werden können?

Aber auch schon Bluntschli gibt zu, daß praktisch die vermögensrechtliche Seite des Autorrechtes die wichtigste und daß der ganze Gedanke des Institutes erst klar geworden sei, seitdem durch das wachsende materielle Interesse daran die Aufmerksamkeit erhöht und der Blick geschärft wurde. Vor der Erfindung der Buchdruckerkunst finden wir bei der Autorschaft den Gedanken vorherrschend, daß, wie das Verdienst der Autoren ein rein geistiges ist, auch der Lohn nur in dieser Sphäre zu suchen sei; die Anerkennung, Achtung, Ehre, die sich ein Schriftsteller erworben, galt auch in der Regel für ihn als die allein entsprechende Vergeltung. Dies hat sich jetzt geändert. Seitdem der Buchhandel ein ausgedehntes Geschäft geworden ist, an dessen Gewinn auch die Autoren durch Gewährung ansehnlicher Honorare theilnehmen, wurde das Autorrecht mehr und mehr als ein Vermögensrecht aufgefaßt und das ist ohne Zweifel auch wesentlich der Gesichtspunkt, von welchem unsere Gesetzgebungen ausgegangen sind. Damit ist aber doch noch nicht gesagt, daß dabei nicht auch geistige Interessen in Betracht kommen könnten, daß also das Autorrecht, um mit Beseler zu reden, nicht neben der vermögensrechtlichen Seite auch noch eine persönliche habe.

Daß dies thatsächlich der Fall sei, daß der Autor in der Regel nicht blos ein pekuniäres, sondern auch ein geistiges Interesse an einem literarischen oder artistischen Erzeugniß habe, wird jeder zugeben. Wollte man aber darum die rechtliche Relevanz dieser thatsächlichen Beziehung in Abrede stellen, weil das Autorrecht ein Vermögensrecht sei, so wäre das eine übermäßige theoretische Strenge in der Sonderung der Begriffe, durch die sich die Jurisprudenz mit dem Rechtsleben in einen unnatürlichen Widerspruch setzen würde. Darauf führen uns auch unsere Gesetze keineswegs. Zwar hat man dafür geltend machen wollen, daß sowohl die Bundesgesetze als die einzelnen Landes-

gesetze immer als Folge einer Verletzung des Autorrechtes eine Klage auf Entschädigung geben, demnach also einen Vermögensnachtheil voraussetzen. Allein, wie bereits Bluntschli mit Recht bemerkt hat, liegt doch schon darin eine Anerkennung der geistigen Beziehung des Autors zu seinem Werke, daß bei der Begründung des Autorrechtes lediglich auf die geistige Hervorbringung und Originalität des Werkes Rücksicht genommen wird und daß das Autorrecht selbst dann geschützt wird, wenn der unbefugte Abdruck dem Autor keinerlei materiellen Schaden, ja vielleicht sogar Vortheil bringt [20]). Wächter will zwar dagegen geltend machen, eine Berücksichtigung der geistigen Interessen sei darum unzulässig, weil diese keine Schätzung nach Geldeswerth zuließen, aber darüber geht unser gemeines Recht bekanntlich auch bei der ästimatorischen injuriarum actio hinweg, bei der die zu entrichtende Geldbuße nach dem Maß eines rein geistigen Interesses, der verletzten Ehre und Achtung, bestimmt wird, und als eine Injurie würde ja eine Verletzung dieser persönlichen Interessen des Autors auch erscheinen. Aber wir brauchen auch nicht anzunehmen, daß das geistige Interesse bei der Bestimmung des Schadensersatzes direct in Betracht zu ziehen sei; indirect geschieht es dadurch, daß man es da, wo der Autor nicht die Absicht hatte, aus seinem Werke einen Gewinn zu ziehen, für genügend hält, wenn sich dasselbe nur eignet, einen Geldwerth im Verkehr zu erhalten, was bei den kleinsten und unbedeutendsten geistigen Erzeugnissen immer noch der Fall sein kann, und namentlich auch bei solchen, die der Autor gar nicht für den Druck und die Veröffentlichung bestimmt hatte. Allein unsere Gesetze gehen ja noch über diese rein civilrechtlichen Folgen eines unbefugten Nachdrucks hinaus und lassen unter Umständen auch eine Strafe eintreten, und in Beziehung auf diese werden wir schon durch die allgemeinen Grundsätze des Strafrechts darauf geführt, neben der vermögensrechtlichen Verletzung auch die verletzten geistigen Interessen rechtlich in Betracht zu ziehen. Darin liegt ein entscheidender Grund, uns im Einklang mit dem

---

20) Kritische Ueberschau, Bd. VI. S. 103 flg.

allgemeinen Rechtsbewußtsein gegen Jolly und Wächter für Bluntschli, Beseler und Harum zu entscheiden.

IV. Regalische Gewerberechte.

1. Im Allgemeinen.

§. 22.

Wie bereits oben bemerkt wurde, pflegen sich die Staaten die Berechtigung zu manchen Gewerben, die mit öffentlichen Interessen besonders verwachsen sind, als regalische Rechte vorzubehalten. Die Natur dieser Verhältnisse ist dadurch sehr verdunkelt worden, daß man sie, durch die unklaren Anschauungen der ältern Jurisprudenz und Gesetzgebung verleitet, mit andern Verhältnissen, die ihrem Charakter nach wesentlich davon verschieden sind, unter einem Begriff vereinigte und nach den gleichen Rechtsgrundsätzen beurtheilen zu müssen glaubte. Es tritt dies schon in dem Sprachgebrauch hervor, nach welchem man alle den deutschen Königen als Inhabern der Reichsgewalt zustehenden Rechte unter dem Namen der jura regalia oder königlichen Rechte zusammenfaßte und bei allen gleichmäßig insofern den privatrechtlichen Standpunkt festhielt, als man zur Begründung derselben immer die Nachweisung eines besonderen Erwerbstitels forderte. Nur allmählich kam man allgemeiner zu der Erkenntniß, daß ein Theil dieser Rechte mit dem Begriff und Wesen des Staates überhaupt in einer Weise verbunden sei, daß man sie als natürliche Bestandtheile der Staatsgewalt jedem Inhaber derselben nothwendig zuschreiben müsse, während andere allerdings, als auf besonderen historischen Gründen beruhend, erst erworben werden mußten. Darauf gründeten dann die spätern Systematiker den Unterschied zwischen höheren oder wesentlichen Regalien, d. h. Rechten, die mit Nothwendigkeit aus der Machtvollkommenheit des Staats abfließen, und niedern oder zufälligen Regalien, die als s. g. erworbene Rechte (jura quaesita) einer positiven Begründung bedürfen. Die erstern nannte man auch Majestäts- oder Hoheitsrechte, die letztern nutzbare oder Kammerregalien, weil sie regelmäßig Vermögens- oder Nützungsrechte enthalten. Noch weiter sind die neueren Theoretiker gegangen, indem sie die

eigentlichen Hoheitsrechte gänzlich von den Regalien trennten und unter den letztern nur die in einer Ausschließung oder Beschränkung gewisser natürlicher Eigenthums= und Freiheitsrechte der Privaten bestehenden nutzbaren Rechte begriffen, welche der Regent als Inhaber der öffentlichen Gewalt für sich ausschließlich in Anspruch nimmt [21]).

Durch diese richtigere Begriffsbestimmung scheiden wir einestheils die mehrfachen Beschränkungen aus, denen das Grundeigenthum im öffentlichen Interesse unterworfen zu werden pflegt, wie namentlich rücksichtlich der Benutzungen von Waldungen, und die zwar in den Hoheitsrechten des Staates ihren Grund haben (Polizeihoheit), aber darum nicht zu den Regalien gerechnet werden können, weil sie kein nutzbares Recht bilden, anderntheils sondern wir diejenigen nutzbaren Rechte des Staates davon ab, die nur in der Finanzhoheit ihren Grund haben, wie das Recht Steuern und Zölle zu erheben, Dienste zu verlangen u. s. w., weil sie keine Beschränkung der natürlichen Eigenthums= und Freiheitsrechte der Privaten enthalten, die einer besonderen Begründung bedurfte, also nicht einen nothwendigen Bestandtheil der Machtvollkommenheit des Staates bildete.

Man hat den Unterschied zwischen den eigentlichen Hoheitsrechten und den Regalien im engern Sinne auch darin finden wollen, daß jene unveräußerlich seien, diese aber an Privaten veräußert werden könnten. Allein veräußerlich sind auch die blosen Regalien doch nur dann zu nennen, wenn man darunter nichts weiter verstehen will, als daß sich der Staat ihrer entäußern, d. h. darauf verzichten kann, denn eine eigentliche Veräußerung, d. h. eine Uebertragung derselben auf Privatpersonen, ist nur in der Weise zulässig, daß die Ausübung des Rechtes auf sie übergehen kann, und dies ist auch bei wesentlichen Hoheitsrechten möglich, die ebenfalls als selbstständige vererbliche Rechte auf einzelne Personen übertragen oder mit dem Besitz eines Grundstücks verbunden werden

---

21) So H. A. Zachariä, über Regalien überhaupt und das Salzregal in Deutschland insbesondere, Zeitschr. f. d. Recht, Bd. XIII. S. 320.

können. Namentlich gilt dies von der Gerichtsbarkeit, deren Ausübung häufig als Patrimonialgerichtsbarkeit in die Hände von Privatpersonen übergegangen ist, findet sich aber in einer noch viel ausgedehnteren Weise bei Mediatherrschaften, die mit einer untergeordneten Landeshoheit beliehen sind. Der Grund, warum die Regalien im strengern Sinne als unveräußerlich betrachtet werden müssen, liegt darin, daß mit ihnen immer auch Rücksichten auf allgemeinere, nothwendige Zwecke des Staates verbunden sind, also zugleich auch wesentliche Hoheitsrechte mit in Frage kommen. Wennschon daher regalische Rechte, die an Privaten verliehen sind, gleich andern rein privatrechtlichen Bestandtheilen des Vermögens, vererbt und veräußert werden können, bezieht sich das doch immer nur auf die Ausübung derselben und diese steht nicht nur unter der Oberaufsicht des Staates, sondern kann von diesem auch wegen Mißbrauchs wieder entzogen werden [22]. Regalische Rechte, die in das freie Eigenthum von Privatpersonen übergingen, würden aufhören Regalien zu sein, weil sie dann nicht mehr eine ausschließliche Berechtigung des Regenten als solcher enthielten. Sie würden in die Kategorie einfacher Gewerbemonopole treten.

§. 23.

Es liegt nicht in unserer gegenwärtigen Aufgabe, die allmählige Entwicklung und Ausbreitung der Regalität einer Untersuchung zu unterwerfen. Wir haben uns hier nur mit der rechtlichen Natur der Regalien zu beschäftigen und namentlich mit der Frage, inwiefern dieselben als ausschließliche Gewerberechte zu betrachten seien. Daß es regale Gewerberechte gebe, die sich der Staat allein vorbehalten hat und bei denen nur durch besondere Verleihung das Recht der Ausübung in die Hände von Privaten übergehen kann, ist allgemein anerkannt, obschon man gemeinrechtlich nur das Postregal hierher zu rechnen pflegt. Eine genauere Betrachtung lehrt

---

22) C. A. Zachariä, a. a. O. S. 321. Gerber, deutsches Privatrecht §. 67; Maurenbrecher, deutsch. Pr. Recht, 1 §. 270.

aber, daß die s. g. regalen Grundgerechtigkeiten oder grundherrschaftlichen Regalien ganz dieselbe Natur haben, und daß sie also ebenfalls als regale Gewerbegerechtigkeiten angesehen werden müssen. Denn das Wesen dieser Regalien besteht je nach der richtigern Auffassung dieses Institutes, wie sie in neuerer Zeit immer allgemeiner zur Anerkennung gekommen ist, in der ausschließlichen Berechtigung des Staats zum Erwerb gewisser Objecte, von deren Erwerbung und Gewinnung Privatpersonen ausgeschlossen sind [23]). Wenn wir nun jede in einer bestimmten Richtung fortgesetzte Thätigkeit, deren Zweck Vermögenserwerb ist, ein Gewerbe, die Berechtigung zu einer solchen Thätigkeit aber ein Gewerberecht nennen, so ist es klar, daß die ausschließliche Berechtigung zur Erwerbung und Gewinnung gewisser Vermögensobjecte ein ausschließliches Gewerberecht genannt werden muß.

In der That hat auch schon Gerber in seinem deutschen Privatrecht [24]) der Sache nach die Lehre von den Regalien von diesem Gesichtspunkte aus aufgefaßt und durchgeführt, obschon er sie nicht ausdrücklich als Gewerberechte bezeichnet. Er geht davon aus, daß im Allgemeinen der Erwerb von Privatrechten von Voraussetzungen abhängig sei, deren Erfüllung eine durch die gewöhnliche Handlungsfähigkeit der Personen gegebenen Möglichkeit ist, daß es aber auch einige Rechte gebe, deren Erwerbung der freien Willkür der Personen entzogen sei, indem sie der Staat ausschließlich in Anspruch nehme und die Befugniß zu ihrer Ausübung der öffentlichen Gewalt zutheile. Dies seien die s. g. Regalien, die sich von den Hoheitsrechten durch ihren privatrechtlichen Charakter, von dem sonstigen Vermögen des Fiskus aber dadurch unterschieden, daß sie nicht als einzelne realisirte Berechtigungen, sondern als die ausschließliche Möglichkeit der Verwirklichung einer bestimmten Klasse von Rechten erschienen, und daß sie dem Staate nicht als zufälligem Subjecte gehörten, sondern dem Staat als solchem. Nicht

---

23) H. A. Zachariä, a. a. O. S. 320 und 342 flg.
24) Gerber a. a. O. §. 67 und 91—98.

immer aber mache der Staat selbst von dieser Befugniß Gebrauch; auch Privaten könnten durch Erlangung eines Privilegiums das Recht zur Ausübung eines Regales, eine Gerechtigkeit, erwerben, und diese sei ein wirkliches Privatrecht, welches mit den gewöhnlichen petitorischen und possessorischen Rechtsmitteln selbst dem Staate gegenüber geschützt und vom Inhaber frei veräußert werden können[25].

Bei dieser Darstellung bleibt freilich noch Manches dunkel. Es scheint danach, daß Gerber die Regalien nicht selbst als Gerechtigkeiten ansieht, sondern nur die durch Privilegien auf Privatpersonen übertragene Befugniß zur Ausübung derselben. Worin der Grund dafür liegt, erfahren wir nicht. Da der Staat doch vor der Verleihung ganz dieselben Rechte hat, deren Ausübung durch eine Concession, Lehensverleihung oder Verpachtung auf Privatpersonen übertragen wird, ist nicht klar, warum sie erst in den Händen der letztern den Charakter einer Gerechtigkeit annehmen sollen. Vielleicht hängt dies damit zusammen, daß Gerber das regale Recht nur als eine Möglichkeit der Verwirklichung einer bestimmten Classe von Rechten bezeichnet und in der Beziehung den sonstigen Vermögensrechten gegenüberstellt. Darin läge aber eine Täuschung. Die Regalien begründen allerdings zunächst nur eine Möglichkeit der Verwirklichung von Rechten; dies gilt ganz ebenso von allen Gewerberechten und von Regalien auch dann, wenn das Recht der Ausübung auf Privatpersonen übertragen ist. Da aber der Staat in der Regel nicht nur selbst das Regal ausüben, sondern auch das Recht der Ausübung veräußern oder verpachten kann, bildet es doch zugleich auch ein Vermögensobject und steht insofern mit andern Vermögensbestandtheilen in einer Linie. Gerber sagt uns auch nirgends, was er eigentlich unter einer Gerechtigkeit versteht und welche rechtliche Natur er ihr zuschreibt. Da er sie für ein wirkliches Privatrecht erklärt, welches durch petitorische und possessorische Klagen geschützt wird, sollte man meinen, daß er ihr eine dingliche Natur zuerkennen müsse. Allein er erklärt es ausdrücklich für einen regelmäßigen Irrthum der Germanisten,

---

25) Gerber a. a. O. §. 67.

die Regalien in das Sachenrecht zu stellen und da er auch die Bannrechte und Realgewerberechte ungeachtet der petitorischen und possessorischen Klagen nicht als dingliche Rechte gelten lassen will, sondern nur als Beispiele einer individuellen Willkür der Staatsgewalt, welche durch Privilegien an ein factisches Verhältniß Rechte und Verbindlichkeiten aller Art anzuknüpfen vermag, so dürfen wir nicht voraussetzen, daß ihm auch die regalen Gerechtigkeiten nur in diesem Lichte erscheinen, und daß er demnach die possessorischen und petitorischen Klagen, wie bei den Reallasten, nicht als eine aus der Natur der Verhältnisse hervorgehende Consequenz betrachtet, sondern nur als eine äußerliche und willkürliche Zuthat[26]).

Ungeachtet dieser Unklarheiten in einzelnen Beziehungen, die dadurch in Gerbers Lehre kommen mußten, daß er die dinglichen Gewerberechte nicht als ein selbstständiges Institut anerkannte, dem ein eigener Platz im Sachenrecht eingeräumt werden muß, können wir doch seinen Ausführungen, namentlich so weit sie diejenigen Regalien betreffen, bei denen die regale Berechtigung in einem jus occupandi in Beziehung auf regale Objekte besteht, im Wesentlichen vollkommen beistimmen. Es gehört dahin

1) das Berg- und Salzregal. Bei diesem konnte die richtigere Lehre natürlich so lange nicht durchdringen, als man den Grundsatz der ältern Jurisprudenz aufrecht erhielt, daß der Staat als solcher Eigenthümer aller regalen Fossilien sei, so daß er also durch den Bergbau nur das ausbeutete, was ihm schon vorher zugehörte. Denn wenn schon man den Bergbau selbst immer auch als ein Gewerbe betrachten mußte, wurde durch dieses doch nicht das Wesen des Bergregals bestimmt; es war nur, ganz ebenso wie bei dem Grundeigenthum das landwirthschaftliche Gewerbe, das Mittel um das Bergrecht fruchtbar zu machen. Bei der Verleihung des Regals an Privatpersonen konnte man freilich nicht, wie bei landwirthschaftlichen Gütern, die Principien des blosen Pachtes in Anwendung bringen, denn daß dem Beliehenen zum Schutz seiner Ansprüche possessorische und petitorische Klagen zu-

---

26) Zur Theorie der Reallasten, in seinen und Iherings Jahrbüchern Bd. II. S. 60.

standen und daß also ein dingliches Recht auf ihn übergegangen sei, stand unzweifelhaft fest; aber man suchte dies dadurch zu rechtfertigen, daß man ein getheiltes Eigenthum an den Fossilien annahm, indem man dem Staat ein dominium directum dem Beliehenen ein dominium utile zuschrieb. So finden wir die Verhältnisse noch bei Runde, Eichhorn, Maurenbrecher u. A. aufgefaßt. Die großen Schwierigkeiten, die dadurch für die Entwicklung der ganzen Lehre entstanden, führten aber endlich zu der Einsicht, daß zwar die Grundeigenthümer durch das Bergregal insofern in ihrem Recht auf den Grund und Boden beschränkt seien, als ihnen gegen die gemeine Regel das Eigenthumsrecht an den unter der Oberfläche verborgenen regalen Fossilien entzogen sei, daß aber das dem Staate in Folge der Regalität zustehende Recht daran doch nicht als Eigenthum aufgefaßt werden dürfe, sondern lediglich als ein ausschließliches Occupationsrecht an den an sich herrenlosen Sachen. Dieses Occupationsrecht ist es dann auch allein, dessen Ausübung auf die beliehenen Privatpersonen in sehr verschiedenem Umfange übertragen wird, und in Beziehung auf dessen Uebertragung der Staat bei der sog. Freierklärung unter gewissen Umständen eine Verpflichtung übernimmt, wie sie bei anderen Regalien nicht vorkömmt. Die Wichtigkeit des Bergbaues bringt es mit sich, daß sich bei demselben landespolizeiliche Rücksichten vielfach beschränkend geltend machen, doch kann auch diese sog. Berghoheit der Ausübung nach auf Privaten übertragen werden. Ganz dieselben Grundsätze müssen.

2) bei dem Jagd- und Fischereiregal angewendet werden. Die wilden Thiere, soweit sie dem Regal unterliegen, müssen zwar als herrenlos angesehen werden, aber das Occupationsrecht ist dem Staate vorbehalten, der die Ausübung desselben an die Jagdberechtigten abtritt. Sehr richtig bemerkt aber Gerber, daß die Jagdberechtigung nicht bloß auf die Occupation selbst gerichtet ist, sondern auch als die Befugniß zu einer Reihe von Handlungen erscheint, welche die Herbeiführung der Möglichkeit derselben durch Hegung des Wildes bezwecken und er findet selbst, daß sie sich in dieser Beziehung dem Begriffe eines Gewerberechtes nähern. Dies gilt ebenso von der Fischerei in öffent-

lichen Flüssen, die zugleich die Befugniß enthält die zur Ausübung erforderlichen Anstalten zu treffen und gewisse Arten von Wasserbenutzungen zu verhindern, welche das Fischen unmöglich machen. Gar kein Occupationsrecht kömmt

3) bei dem Mühlenregal an öffentlichen Flüssen in Frage, sondern nur die Befugniß eine sonst dem gemeinen Gebrauch offen stehende Sache zum Betrieb eines Mühlenwerkes zu benutzen, so daß sich also die Verhältnisse hier schon mehr den reinen Gewerbsregalien, d. h. denjenigen nähert, durch welche wohl eine Beschränkung der natürlichen Freiheit in Beziehung auf die Ausübung jedes an sich erlaubten Gewerbes begründet wird, nicht aber eine Beschränkung des Eigenthums und Eigenthumserwerbes.

Partikularrechtlich finden sich noch manche andere Regalien, die bald, wie das Pulverregal, das Regal des Salzhandels u. s. w. mehr den Charakter von einfachen Gewerbsregalen in dem angegebenen Sinne haben, bald zugleich eine Beschränkung des Eigenthums enthalten, wie manche regalische Rechte an Privatgewässern. Für unsern Zweck kann es aber genügen, an den gemeinrechtlichen Regalien nachgewiesen zu haben, daß sie sämmtlich die Natur von Gewerberechten haben und daß ihnen also insofern ihre Stelle in der Lehre von den dinglichen Gewerberechten, als einen Theil des Sachenrechtes angewiesen werden muß.